

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Problemas da responsabilidade civil do Estado. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, jul/set 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. nº 25. Dezembro de 2003.

_____. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEISIER, Gustave. *Droit Administratif*. 13. ed. Paris: Mémentos Dalloz, 1987.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1975.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLOMEI, Carlos Young. A Parte Geral do Novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. nº 24. Março de 1993.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos. 2002. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro.

A (IN)DISCIPLINA DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS NA LEI N. 10.931, DE 2 DE AGOSTO DE 2004

Letácio Jansen*

Sumário - 1 – Introdução; 2 – Ideologia da correção monetária; 3 – As planilhas de cálculo elaboradas pelo credor como títulos executivos extrajudiciais; 4 – Desrespeito a regras elementares de direito cambiário; 5 – A má regulação dos juros; 6 – Uma superposição de encargos; 7 – Considerações finais.

1- Introdução

A Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004 consiste num conjunto de dispositivos (cerca de 313, dentre artigos – estes em número de 67 – parágrafos, incisos, itens e letras), agrupados em 6 (seis) grandes capítulos que, malgrado sua amplitude e seu ecletismo (eles tratam de matéria tributária, civil, cambiária, falimentar, processual civil, criminal, previdenciária, administrativa, trabalhista, etc) não têm a natureza sistemática de um estatuto, nem de uma consolidação, podendo definir-se, portanto, apenas, como um “apanhado de normas” reunidas num único instrumento para facilidade de manuseio.

O meu propósito não é o de analisar esses variados aspectos da lei mas, apenas, o de criticar o retrocesso na disciplina das obrigações pecuniárias que ela promove, como se verifica, especialmente, dos arts. 12, e § 1º incisos IV, V, VI e VII; 13 e parágrafo único; 19, inciso VIII; 20 e parágrafo único; 26 e § 2º; 28 e seus parágrafos; 46 e seus parágrafos; 47 e parágrafo único; 48; 49; 50; 55 e 56.

2 – A Ideologia da Correção Monetária

Na contra-mão do processo de desindexação da economia promovido pelo Plano Real a lei alude, explicitamente, nada menos do que em dez oportunidades à correção monetária, sendo nove vezes à atualização monetária e uma à atualização cambial¹.

É verdade que o legislador emprega, às vezes, algumas ressalvas – do tipo “se for o caso” e “como permitido em lei” – que, contudo, além de redundantes, parecem querer dissimular a intenção de veicular, ainda que subliminarmente, a mensagem de que a correção monetária deve voltar a ser admitida no Direito brasileiro.

O art. 46, por sinal, constitui a manifestação concreta desse propósito, ao promover um sério recuo no processo de desindexação quando autoriza – e, indiretamente, estimula – a inserção nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamentos imobiliários em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, a estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

A lei da desindexação, como se sabe, não admite, de um modo geral, correção monetária por período inferior a um ano e restringe a utilização de índices². Essa proibição,

* Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado. Presidente do Instituto de Estudos Monetários. Advogado.

¹ A lei refere-se à atualização monetária nos arts. 12, *caput*; 12, § 1º, V; 13, parágrafo único; 28, § 1º, II; 46, § 1º; 50, § 3º; 56, §§ 3º e 6º e à atualização cambial no art. 28, § 1º, II. Fala, ainda, em reajuste, no artigo 19, VIII, em índice de preços, nos arts. 13, *caput*, 13, parágrafo único e 46 e em moeda estrangeira, no art. 26, § 2º.

² Cf. a Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001

depois de ter sido de certo modo contornada³ cai agora, ostensivamente, por terra, ao permitir a nova lei, expressamente, uma correção monetária de frequência mensal nos contratos imobiliários.

Convém lembrar que as obrigações pecuniárias sempre foram objeto, tanto na esfera do direito material como na do direito processual, de disciplina através de regras especiais, mediante as quais diferenciam-se, como dívidas de dinheiro, de todas as demais classes de dívidas⁴. Essas regras especiais que, a despeito das peculiaridades territoriais, são, como acentua Nussbaum, de caráter universal, decorrem da natureza jurídica e econômica do dinheiro, e encontram seu fundamento no princípio do valor nominal.

A doutrina brasileira da correção monetária posterior a 1964 subverteu, porém, essas regras, na medida em que violou, deliberadamente, o princípio do valor nominal e transformou, na prática, quase todas as dívidas de dinheiro em modalidades de dívidas “de valor”⁵, convertendo os acessórios em principal, e substituindo a dáde certeza e liquidez das dívidas por uma permanente indefinição.

3 – As Planilhas de Cálculo Elaboradas pelo Credor como Títulos Executivos Extrajudiciais.

Uma das conseqüências da indefinição das obrigações pecuniárias no Direito brasileiro atual é a consagração das planilhas de cálculo como títulos executivos extrajudiciais, como expressamente previsto, inclusive, nos arts. 28, *caput*, e § 1º, VII e 28, § 2º e inciso II da lei em tela.⁶

Ora, essas planilhas – relativas a cálculos que extrapolam das quatro operações fundamentais – são herméticas e os programas de computador com base nos quais são elaboradas incompreensíveis, salvo pelo pequeno número de tecno-burocratas que atuam no setor.

Mais grave ainda é a circunstância de essas planilhas serem o resultado de cálculos efetuados *a posteriori*, colocando o credor em posição de total vantagem em relação ao devedor.

Sempre foi da tradição comercial e bancária que o credor efetue seus cálculos com base nas mais diversas previsões; mas antes da celebração do contrato, e não no curso ou após a sua execução. Poder o credor alterar os seus cálculos no curso do contrato significa transferir para o devedor os riscos da operação que, por definição, devem recair sobre os ombros do primeiro, e não do último. Do ponto de vista da teoria jurídica da moeda essa faculdade atribuída ao credor viola, ademais, as garantias do ato jurídico perfeito, da irretroatividade das normas e o princípio da isonomia entre as partes no contrato e no processo.

³ Através do artifício da consideração, nos cálculos de reajuste anual, do chamado “resíduo inflacionário”.

⁴ Cf. NUSSBAUM, Arthur, Teoría Jurídica del Dinero (el dinero en la teoría y en la práctica del derecho alemán y extranjero), Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1929, pg. 129

⁵ Note-se que as dívidas de valor a que alude a doutrina de ASCARELLI, nas quais, segundo a jurisprudência internacional, a atribuição do *quantum* do débito depende de uma apuração que pode levar em conta fatos posteriores à sua constituição – cuja ocorrência, porém, está sujeita ao controle do Juiz no processo – incidem em um número reduzidíssimo de casos e não importam em desrespeito ao princípio do valor nominal, ao contrário da modalidade espúria das “dívidas de valor” popularizadas pela doutrina da correção monetária que são, na verdade, dívidas de dinheiro sujeitas à indexação, em número quase infinito.

⁶ O fato de a Lei n.8.953, de 13 de dezembro de 1994, ao introduzir um novo inciso II no artigo 614 do Código de Processo Civil, ter admitido o emprego de planilhas de cálculo para instruir os processos de execução por quantia certa não desautoriza a crítica que estamos fazendo a essa prática.

Nem se alegue que a precaução contida no inciso I do § 2º do art. 28, relativa ao dever de a planilha de cálculo “evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão” (sic) os elementos da dívida constitua uma garantia efetiva para o devedor, primeiro porque, malgrado a suposição do dispositivo – e qualquer um dos leitores que já se defrontou com uma dessas planilhas pode testemunhar isso – as planilhas são, “por sua própria natureza”, de difícil entendimento e compreensão; segundo, e mais grave ainda, elas referem-se a fatos posteriores à constituição da dívida de dinheiro, particularmente à variação do poder aquisitivo das obrigações monetárias.

É um absurdo, portanto, atribuir às planilhas de cálculos elaboradas unilateralmente pelo credor a força de título executivo extra-judicial, como se tratassem de títulos de dívida líquida e certa, o que elas manifestamente não são.

4 – Desrespeito a regras elementares Direito Cambiário

Ao incorporar ao seu texto as Medidas Provisórias ns. 2.160-25, de 23 de agosto de 2001 e 2.223, de 4 de setembro de 2001, que pendiam de apreciação pelo Congresso, dispondo, respectivamente, sobre os títulos de crédito denominados Cédula de Crédito Bancário, Letra Imobiliária e Cédula de Crédito Imobiliário, a Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004, desrespeitou normas elementares de direito cambiário, o que mereceria, de resto, um estudo mais acurado, que este texto não comporta.

A própria disposição topográfica dos artigos na primeira dessas Medidas Provisórias evidencia que mais importante do que o título de crédito é o pacto adjeto previsto nos parágrafos 1º e 2º do arts. 28, em que as partes podem estipular juros capitalizáveis, correção monetária, correção cambial, multas, penalidades contratuais, o que tudo passará a figurar nos extratos de conta e planilhas de cálculos elaboradas pelo credor.

As normas da lei a esse respeito parecem, assim, desrespeitar a Lei Uniforme de Genebra, desvirtuando as regras de direito cambiário, de valor internacional.

5 – A má regulação dos juros

A Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, refere-se a juros, *tout court*, nos artigos 12, *caput*; 12, § 1º, V e VI; 28, § 1º; 29, § 1º e 55, aludindo, ainda, a *juros capitalizados*, no art. 28, § 1º I, a *juros renegociáveis*, no art. 12, § 1º, VI e, especialmente, a *juros flutuantes*, no art. 12, § 1º, VI.

É a primeira vez, salvo engano, que o texto da lei faz menção literal à expressão vulgar “juros flutuantes”, que não expressa um conceito definido, uma vez que não se pode dizer, juridicamente, que os juros “flutuem”, como se fossem um balão de gás.

A impressão de que certos preços da economia flutuam – como ocorre, por exemplo, com o câmbio e com os juros – não passa de mera impressão, pois o que ocorre, na verdade, é que esses preços sofrem alterações por força da edição de atos jurídicos posteriores à sua constituição.

No caso dos juros contratuais a sua modificação depende de uma repactuação, caso a caso, admitindo-se, apenas, que possa o devedor autorizar o credor a promover, unilateralmente, reajustes na taxa, dentro de certos limites. No caso de juros de mora não convencionais não é válida, porém, a meu ver, a ocorrência de qualquer alteração, especialmente depois que a ação foi proposta.

A Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004, portanto, regula mal, mais uma vez, os juros brasileiros.

6 – A Superposição de encargos

O termo *encargo*, no singular e no plural, figura na lei nos arts. 28, § 1º, I; 28, § 2º, II; 29, § 1º e 49. Além de encargos, a lei alude a *despesas*, nos arts. 28, § 1º, I e IV; 28, § 2º, II e 55 e a *honorários de advogado*, inclusive extra-judiciais, no art. 28, § 1º, IV, soma de encargos essa que, além da atualização monetária do principal, juros “flutuantes”, multas e outras penalidades (que irão, como vimos, integrar as planilhas de cálculo e servir de título executivo extra-judicial) são de responsabilidade do devedor.

A reação dos devedores a essa ofensiva contrária aos seus interesses será, provavelmente, cair na inadimplência e, no processo judicial, opor a chamada exceção de pré-executividade; e o resultado, na prática, será a maior quantidade de processos no Judiciário e maior demora no julgamento dos feitos, sem falar que a ausência de controle sobre o montante dos créditos pode ter reflexos negativos sobre a estabilidade dos preços.

7 - Considerações Finais

A Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004 visou restabelecer, em suma, a correção monetária no mercado imobiliário, como se isso fosse constitucionalmente possível.

É preciso ter presente que a correção monetária consistiu na colocação do poder aquisitivo no topo do sistema monetário, acima da moeda legal.

A imposição dessa “correção” monetária no Brasil tornou-se possível porque vivíamos, na época, sob a égide do Ato Institucional que implantara, de fato, no país uma ordem jurídica “paralela”, ao lado da ordem jurídica constitucional. Seguindo esse sistema o nosso primeiro indexador, a ORTN, foi criado pela Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964 para funcionar, “ao lado” da moeda legal nacional.

Hoje, porém, restaurado o Estado de Direito, fica clara a anomalia. A moeda legal, por força da Constituição, é uma única “unidade monetária”. Na medida em que uma Lei qualquer cria – ou manda aplicar – um Indexador com poder de vigor como unidade monetária, e “corrigir” a moeda legal, segundo a variação do poder aquisitivo, ela institui um valor superior não apenas à moeda, mas à própria Constituição. Colocar o poder aquisitivo como fundamento de valores numa ordem jurídica consiste, portanto, em desprezar a Constituição que estabelece a moeda legal como o superior valor (monetário) dessa mesma ordem jurídica.

É imperioso concluir, portanto, que a correção monetária foi inconstitucional desde a sua origem ao instaurar um valor superior não só à moeda legal como à Constituição que é o fundamento de validade dessa moeda legal.

Para romper os impasses monetários atuais – que decorrem, em sua maior parte, dos defeitos acarretados pela correção monetária e que ainda não foram reparados pelo Plano Real e suas medidas complementares - o Brasil depende da edição de uma Lei que declare a inconstitucionalidade, desde a origem, da correção monetária e das normas que a consagram, com o é o caso da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, de que acabamos de tratar.

NEOCONSTITUCIONALISMO E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marco Antonio dos Santos Rodrigues*

1. Um novo constitucionalismo acompanhando o novo milênio?

O presente trabalho procura analisar a influência do neoconstitucionalismo sobre um dos pilares da ação estatal: o princípio da legalidade administrativa.

No entanto, antes de mais nada, é preciso definir o que é o neoconstitucionalismo, que vem sendo objeto de discussão entre os publicistas nos últimos tempos. Será um novo direito constitucional vigente, apesar de, desde a Constituição de 1988, manter a mesma estrutura fundamental, apesar da ocorrência de algumas modificações¹?

Em síntese, o neoconstitucionalismo significa uma gama de fenômenos no âmbito do Direito Constitucional, que, em conjunto, acabaram por gerar uma constitucionalização do Direito como um todo. Nesse sentido, pode-se dizer que a consolidação do Estado constitucional de direito, o pós-positivismo, com a superioridade axiológica dos direitos fundamentais e o retorno à observação dos valores, e a consideração da força normativa da Constituição geraram uma nova concepção do Constitucionalismo, com diversas conseqüências práticas.

Luís Roberto Barroso procura sintetizar, em artigo sobre o neoconstitucionalismo, as características que propiciaram a constitucionalização do Direito, como podemos observar:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.²

A Constituição, enquanto norma jurídica fundamental da comunidade, é composta por um sistema de princípios e regras jurídicas. Atualmente, a concepção normativa da Constituição encara a Lei Maior não como uma simples folha de papel em que são registrados os fatores reais de poder, juridicizando-os, como sustentava Ferdinand

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. O presente artigo foi inicialmente elaborado como tese apresentada no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, ocorrido em outubro de 2007, tendo sido aprovado na referida ocasião, tendo sofrido pequenas alterações com relação ao seu original.

¹ Até o término deste trabalho, desde outubro de 1988, foram editadas um total de 56 Emendas Constitucionais, bem como 6 Emendas de Revisão.

² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Mimeo, 2005, p. 8.